



420130113212012002381817829000H02

NOTIFICACION N° 11321-2013-SP-CO

EXPEDIENTE	00238-2012-0-1817-SP-CO-02	SALA	2° SALA COMERCIAL
RELATOR	SAPAICO CASTANEDA, LUIS ERICK	SECRETARIO DE SALA	DURAND DIAZ, AUGUSTO LUIS
MATERIA	ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES	Exp. Unico: 2012-00238-0-1817-SP-CO-02	
DEMANDANTE	MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES DPTDO JAIME JOSE VALES CARRILLO		
DEMANDADO	CONSORCIO KLAMER CODURSA		
DESTINATARIO	MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES DPTDO JAIME JOSE VALES CARRILLO		

CASILLA : COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA - N° 3094 - / /

Se adjunta Resolucion TRECE de fecha 09/04/2013 a Fjs: 28

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

SE ADJUNTA COPIA DE LA RESOLUCION TRECE DE FECHA 9-04-13

10 DE MAYO DE 2013



PODER JUDICIAL

Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
2° Sala Civil Sub-Especialidad Comercial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

*proqueumento sin causa /
fraude a la ley P. ~*



Poder Judicial

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

Expediente : 00238-2012

Demandante : MINISTERIO DE TRANSPORTES Y

~~COMUNICACIONES~~

Demandado : ~~CONSORCIO KLAMER CODURSA~~

Materia : ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN NÚMERO TRECE.-

Miraflores, nueve de abril

de dos mil trece.-



VISTOS:

Viene para resolver el recurso de anulación¹ formulado por el ~~MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES~~ contra el Laudo Arbitral de Derecho de fecha ~~11 de Julio de 2012~~² expedido por el Tribunal Arbitral compuesto por los doctores Alfredo Zapata Velasco, Fidel Castro Machado y Víctor Huayama Castillo, que por mayoría resuelve declarar:

- 1) "FUNDADA la pretensión del Consorcio Klammer Codursa, referida a la aprobación de las ampliaciones de plazo por 99 y 106 días calendario, con mayores gastos generales por el monto de S/. 475,851.13 y 572,792.50, respectivamente, y ordena a Provias Nacional dicho pago mas los intereses legales hasta la fecha efectiva de cancelación.
- 2) FUNDADA la pretensión referida a la aprobación del monto de S/. 551,474.95 por el concepto de trabajos ejecutados no reconocidos por Provias Nacional y ordena su pago mas los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

¹ Página 163
² Página 36

* Copia a todos los abogados
y D.A.C.
* Informar a P.N. No P.V.D.
17/05

- 3) *FUNDADA EN PARTE*, la pretensión referida al reconocimiento de mayores costos irrogados en el montaje de las vigas prefabricadas, no reconocidas por la Entidad, ordenando el pago de S/. 1'711,273 más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.
- 4) *LAS COSTAS Y COSTOS*: El Tribunal Arbitral determina que los costos y costas del proceso deben ser compartidos por las dos partes en iguales proporciones."

Con el expediente arbitral en cuatro tomos que se tiene a la vista; interviniendo como Ponente el señor Juez Superior Rivera Gamboa;

RESULTA DE AUTOS

Recurso: De fojas 163 a 189 obra el recurso de anulación de laudo arbitral presentado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante MTC o demandante). Invoca como causales de anulación los incisos b), c), d) y e) del numeral 1 del artículo 63° del Decreto Legislativo Numero 1071- Ley de Arbitraje y la Duodécima Disposición Complementaria de dicha ley.

Admisorio y Traslado.- Mediante resolución número 01 de fecha 11 de Octubre del 2012³, se resuelve admitir el recurso de anulación de laudo arbitral y se dispone correr traslado del mismo al demandado CONSORCIO KLAMER- CODURSA (en adelante El Consorcio), por el plazo de 20 días para que exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca las pruebas de su parte.

Absolución.- A fojas 210 El Consorcio absuelve el traslado del recurso de anulación en los términos que expone y solicita se declare improcedente el mismo.

Trámite.- Remitido el expediente arbitral por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, según fojas 246, mismo que consta de IV tomos, y realizada la vista de la causa sin los informes orales de los abogados patrocinantes al no haber sido solicitado oportunamente por éstos, corresponde resolver, y;

PODER JUDICIAL

Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
2º Sala Civil Sub-Especialidad Comercial
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LIMA

CONSIDERANDO:

1. Del Recurso de Anulación:

El recurrente solicita la nulidad total del Laudo Arbitral, esgrimiendo como causales y argumentos de su pretensión, los siguientes:

1) Acápito b) del inciso 1 del artículo 63° del D. Leg. N° 1071

Señala que no ha podido hacer valer sus derechos, por cuanto el Tribunal ha emitido un laudo que no se encuentra acorde con la normatividad vigente y aplicable al arbitraje.

2) Acápito c) del inciso 1 del artículo 63° del D. Leg. N° 1071

El Tribunal no se ha ajustado al acuerdo de las partes convenido en el Contrato de Obra N° 170-2010-MTC/20, al haberse pronunciado a favor del Consorcio sobre mayores prestaciones que conforme al Contrato no son materias arbitrables y en contra de la normatividad aplicable.

3) Acápito d) del inciso 1 del artículo 63° del D. Leg. N° 1071

El Tribunal ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión, toda vez que ha otorgado pagos al contratista por concepto de enriquecimiento sin causa, los cuales no fueron pedidos por la parte demandante Klamer Codursa.

4) Acápito e) del inciso 1 del artículo 63° del D. Leg. N° 1071

El Tribunal se ha pronunciado sobre materias no arbitrables, esto es las mayores prestaciones, conforme a lo regulado en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.L N° 1017. Señala además que existe otra causal, al haber otorgado pagos a favor del Contratista sobre montos que exceden el 15% del Contrato de Obra N° 170-2010-MTC/20 y que requieren expresa aprobación de la Contraloría General de la Republica.

SECRETARÍA DE
CORTES SUPLENTE
CORTES SUPLENTE

2. Del proceso Arbitral

Se desprende del expediente arbitral que con fecha 05 de setiembre de 2011, El Consorcio interpuso demanda arbitral contra PROVIAS NACIONAL, planteando como pretensiones las siguientes:

Primera Pretensión Principal: que se apruebe las ampliaciones de plazo por 99 y 106 días calendario, con mayores gastos generales por el monto de S/.475,851.13 nuevos soles y S/.572,792.50 nuevos soles, respectivamente, y se ordene a la entidad su pago más los intereses hasta la fecha efectiva de pago.

Segunda Pretensión Principal: que se apruebe el monto de S/551,474.95 nuevos soles por concepto de trabajos ejecutados no reconocidos por la Entidad, su pago más los intereses hasta la fecha efectiva de pago.

Tercera Pretensión Principal: que se apruebe el monto de S/.2'051,071.25 por concepto de mayores costos irrogados en el montaje de las vigas prefabricadas y nueva viga, no reconocidos por la Entidad, y se ordene su pago más los intereses hasta la fecha efectiva de pago.

Cuarta Pretensión Principal: que la Entidad asuma los gastos arbitrales.

En la audiencia de fecha 09 de febrero de 2012, se fijaron como **Puntos Controvertidos** en el proceso arbitral, los siguientes:

Como **primera pretensión principal**, determinar si corresponde al Tribunal Arbitral, ordenar la aprobación de las ampliaciones de plazo por 99 días y 106 días calendario, con mayores gastos generales por el monto de S/.475,851.13 y S/.572,792.50, respectivamente, y ordene a PROVIAS NACIONAL dicho pago más los intereses hasta la fecha efectiva de pago.

Como **segunda pretensión principal**, determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar la aprobación del monto de S/551,474.95 nuevos soles por concepto de trabajos ejecutados no reconocidos por PROVIAS NACIONAL y que ordene su pago más los intereses hasta la fecha efectiva de pago.

Como **tercera pretensión principal**, determinar si corresponde la Tribunal Arbitral ordenar la aprobación del monto de S/.2'051,071.25 por concepto de mayores costos irrogados en el montaje de las vigas prefabricadas y nueva viga, no reconocidos por PROVIAS NACIONAL, y que se ordene su pago más los intereses hasta la fecha efectiva de pago.

PODER JUDICIAL
Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
CHANCILLERÍA DE JUSTICIA DE LIMA

Como **cuarta pretensión principal**, determinar a qué parte le corresponde asumir los gastos arbitrales.

Con fecha 11 de julio de 2012 se expide por mayoría (Árbitros Alfredo Zapata Velasco y Fidel Castro Machado) el **Laudo Arbitral**, declarando:

FUNDADA la pretensión del Consorcio Klamer Codursa, referida a la aprobación de las ampliaciones de plazo por 99 y 106 días calendario, con mayores gastos generales por el monto de S/. 475,851.13 y 572,792.50, respectivamente, y ordena a Provias Nacional dicho pago mas los intereses legales hasta la fecha efectiva de cancelación.

FUNDADA la pretensión referida a la aprobación del monto de S/. 551,474.95 por el concepto de trabajos ejecutados no reconocidos por Provias Nacional y ordena su pago mas los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

FUNDADA EN PARTE, la pretensión referida al reconocimiento de mayores costos irrogados en el montaje de las vigas prefabricadas, no reconocidas por la Entidad, ordenando el pago de S/. 1'711,273 más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

LAS COSTAS Y COSTOS: El Tribunal Arbitral determina que los costos y costas del proceso deben ser compartidos por las dos partes en iguales proporciones."

En la misma fecha emite su Voto Discrepante el Árbitro Victor Manuel Huayama Castillo, en el sentido de declarar:

Infundada la primera pretensión con la que el Consorcio solicitó la aprobación de las ampliaciones de plazo por 99 y 106 días calendario.

Improcedente la segunda pretensión.

Improcedente la tercera pretensión.

Disponer que cada una de las partes asuma los costos arbitrales en los que hubiera incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje.

Con fecha 30 de julio de 2012, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó la exclusión de Laudo respecto a los puntos resolutivos de la primera, segunda y tercera pretensiones, al haber resuelto sobre materias que no son susceptibles de arbitraje y en contra de la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Por resolución 20 del 20 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral por unanimidad declaró Infundada la solicitud de exclusión de Laudo.

FUNDAMENTOS DE LA SALA:

PRIMERO.- El Laudo Arbitral, en tanto acto emanado de la jurisdicción especial con reconocimiento constitucional, sólo puede ser objeto del recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo Nro. 1071 – Ley de Arbitraje, por las causales taxativamente previstas en el artículo 63 inciso 1) de dicho cuerpo normativo.

SEGUNDO: Se desprende del recurso de anulación interpuesto en el escrito de fojas 163, que la parte recurrente invoca las causales previstas en el artículo 63 numeral 1 incisos b), c), d) y e) del Decreto Legislativo Nro. 1071, que disponen:

“Artículo 63.- Causales de Anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro, o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o

en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. (...)"

Asimismo se invoca la Duodécima Disposición Complementaria de la citada Ley de Arbitraje que a la letra establece:

DUODÉCIMA. Acciones de garantía.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

TERCERO: El numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señala que las causales previstas en los incisos a), **b)**, **c)** y **d)** del numeral 1 del artículo mencionado, sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas. Esto se explica porque el recurso de anulación de laudo es un mecanismo de *última ratio*, por lo que en consonancia con la protección legal del principio de autonomía del arbitraje, la parte antes de acudir a sede judicial debe agotar previamente todo recurso o reclamo ante el Tribunal Arbitral, ya que dicho órgano fue el escogido por las partes para resolver sus controversias.

CUARTO: De autos se aprecia que la parte recurrente sí ha dado cumplimiento a tal requisito legal, pues mediante su escrito de fecha 30 de Julio del 2012 denunció en sede arbitral las situaciones que ahora sustentan su recurso de anulación, habiendo obtenido un...

PODER JUDICIAL
DR. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
2da Sala Civil Sala Especializada Comercial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

pronunciamiento del Tribunal Arbitral que declaró improcedente la exclusión del Laudo solicitada.

Fundamentos del Recurso de Anulación

QUINTO: Argumenta la entidad recurrente, que:

"el Tribunal Arbitral por mayoría resolvió de manera extra petita sin tomar en consideración las controversias suscitadas entre el Consorcio Klamer Codursa y Provías Nacional" (pues) sin tomar en cuenta los puntos controvertidos dentro del proceso arbitral, ha ordenado pagar a favor de la demandante la suma de S/.5551,474.95 por adicionales no aprobados y S/.1'711,273 por mayores costos, utilizando para ello como criterio entres sus fundamentos la institución del enriquecimiento sin causa (...) a pesar que en el proceso arbitral el Contratista jamás solicitó ni en su demanda ni en escritos posteriores dentro del proceso arbitral, se le haga el pago de montos por el concepto de enriquecimiento sin causa. (...)

En ese sentido, el legislador prohíbe que los árbitros emitan laudos que no se encuentran acorde a los puntos controvertidos puestos en su conocimiento. Así, la Ley de Arbitraje regula la misma incorporándola como causal de anulación de laudo en el inciso d) del art. 63."

SEXTO. De otro lado, sostiene la recurrente que:

"en el presente proceso arbitral ha ordenado pagar diversos montos por concepto de mayores gastos y mayores costos con una incidencia mayor al 15% del monto suscrito en el contrato de obra, inclusive superior al mismo monto del contrato suscrito entre Provías Nacional y el Consorcio Klamer-Codursa (los que) no pueden ser otorgados por el Tribunal Arbitral, por lo que el laudo no se encuentra en armonía con las normas del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, (...) son imposibles jurídicos, encontrándose claramente diversas causales por las cuales, lo resuelto por el Tribunal son materias no arbitrables.

En primer lugar, encontramos que los montos otorgados a favor del Consorcio a través del laudo materia de anulación, requieren de la aprobación por parte de la Contraloría General de la República (por lo que) conlleva un pronunciamiento sobre una materia que no es arbitrable porque es inherente a las facultades ius imperium del Estado, consistente en la potestad administrativa de autorizar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra.

SETIMO: Adicionalmente señala la recurrente que:

"la Ley de Contrataciones, como normativa rectora de las Contrataciones del Estado, prohíbe expresamente que las prestaciones adicionales sean sometidas a arbitraje, sin embargo a pesar de la norma el Tribunal Arbitral decidió amparar las pretensiones del Contratista (...) por tanto, queda claramente acreditado que lo resuelto por el Colegiado atenta contra el orden público, pronunciándose, a pesar del conocimiento de los árbitros de la Ley de Contrataciones, sobre materias que no pueden ser vistas en la vía arbitral, por consiguiente invalidando el laudo arbitral emitido.
(...)

En el presente caso se ha verificado que los montos otorgados por el Tribunal Arbitral en mayoría, superan inclusive el monto del mismo contrato suscrito entre las partes, esto es, que la cuantía de las mismas superan holgadamente el 15% del monto del contrato original, por tanto el Tribunal Arbitral no cuenta con la competencia para resolver la demanda arbitral interpuesta por el Consorcio Klammer-Codursa."

Fundamentos de la Absolución

OCTAVO: El Consorcio absuelve el traslado del recurso de anulación, manifestando que:

"la Procuraduría Pública del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL del Ministerio de Transportes y Comunicaciones -MTC, basa su demanda en aspectos del fondo de la controversia, llegando inclusive a tergiversar conceptos regulados en la norma especial de Contrataciones con el Estado. Por lo que, entendemos que la prohibición que establece el artículo 63° alcanzaría a las partes, en la medida que no podrían basar su posición en aspectos de fondo de la controversia.

Sobre las ampliaciones de plazo y el reconocimiento de los Gastos Generales, sostiene que:

"El pronunciamiento del Tribunal se basa, en el análisis de los hechos invocados por las partes, para lo cual el instrumento legal, de orden público, usado ha sido el artículo 201° del D.S. Nro. 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece el procedimiento de ampliación de plazo. (...) Como consecuencia del pronunciamiento favorable del Tribunal sobre las pretensiones solicitadas por el Consorcio Klammer - Codursa en su escrito de demanda, relacionadas con la modificación del plazo, correspondía al Tribunal pronunciarse sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales, siendo aplicable el procedimiento para la determinación lo normado por el artículo 203 del Reglamento citado. Al respecto se debe tener en cuenta que la norma del Reglamento citado establece como uno de los efectos de la modificación del plazo

PODERADO
Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
SALA Civil Sub-Especialidad Comercial
JUNTA SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

contractual, el pago de los mayores gastos generales (artículo 202º del Reglamento), no señalando ningún tipo de restricción sobre el monto a reconocerse; indicando expresamente que, para los contratos de obra el monto a pagar estará relacionado directamente con los días de ampliación otorgados”.

El Thema Decidendum

NOVENO: Respecto a la “aprobación de montos indemnizatorios por concepto de trabajos ejecutados y mayores costos no reconocidos por PROVIAS NACIONAL”, sostiene El Consorcio que dicha pretensión:

“se encuentra incorporada de pleno derecho contenida en la propia norma, por lo que el Tribunal, dentro de un proceso arbitral de carácter administrativo pueda perfectamente pronunciarse al respecto, según lo establecido en la prelación desarrollada en el artículo 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones; el cual permite recurrir a normas de derecho privado, en ausencia de normativa pública para determinados aspectos de la relación contractual con el Estado. En ese orden de ideas, habiendo surgido controversia sobre un tema indemnizatorio, tal cual lo establecen los árbitros en el primer párrafo en la página 40 del Laudo Arbitral, por un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, al haber recibido una obra de mayor valor al contratado y generando con ello el empobrecimiento, no habiéndose podido recuperar lo invertido, del contratista, en este caso, el consorcio Klamer - Codursa, quien indica asumió mayores costos que ello generó, y no estando esta materia regulada en la normativa de orden público aplicable al contrato, el Tribunal, en aplicación del citado artículo 142 del Reglamento, recurre a una norma de derecho privado, como lo es el artículo 1954 del Código Civil, enriquecimiento sin causa, ante el vacío en las normas de orden público que regulen el pago por trabajos ejecutados por el contratista y que son de utilidad para la Entidad; no existiendo por lo demás en la normativa de derecho privado aplicación alguna en función al porcentaje del contrato, ni menos la obligación de recurrir a la Contraloría General de la República para que se aprueben estos conceptos, en el caso de aplicar supletoriamente dicha norma.

(...)

Como puede apreciarse en dicha argumentación, no se sometió a controversia la aprobación de un adicional de obra, ni menos cuestionado el acto administrativo de la Entidad que denegó el adicional, lo que por imperio de la Ley se encuentra fuera del ámbito arbitral, sino las consecuencias de esta decisión, buscando se restituya el dinero invertido en la ejecución de trabajos, que en autos quedó claro, fueron necesarios y que por cierto nunca fueron cuestionados técnicamente durante el proceso, por la demandada.”

DECIMO: De las alegaciones formuladas por el recurrente, este Colegiado advierte el argumento fundamental relativo al carácter no arbitrable de la materia sobre la cual ha emitido pronunciamiento el Tribunal, cuestión ésta que el recurrente ha subsumido en las diversas causales de anulación que invoca, entre las cuales se cuenta aquella referida en el inciso e) del numeral 1) artículo 63 de la Ley de Arbitraje, la cual es de tal trascendencia que inclusive es la única susceptible de ser conocida de oficio. En ese sentido, a fin de resolver el recurso, corresponde en primer orden dilucidar este cuestionamiento, el cual, de ser amparado, torna carente de objeto analizar las demás causales invocadas.

Las materias abritrables

DECIMO PRIMERO: El artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, dispone en su inciso 1:

"Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen."

Conforme informa la doctrina nacional, *"esta causal procede cuando legalmente una o más materias de la controversia no debieron someterse a arbitraje. Se trata, desde luego, de la ley peruana y por eso la causal advierte que opera únicamente en el arbitraje nacional"*⁴.

Del tenor del inciso 2) antes glosado, se desprende que para la determinación de la arbitrabilidad o no de los conflictos intersubjetivos, concurren dos aspectos; uno que alude al carácter disponible de los derechos implicados, y otro que sin prestar atención

⁴ FERNANDO VIDAL RAMIREZ. Manual de Derecho Arbitral. Ediceta Jurídica. Pg. 173. 2009. Lima.

PODER JUDICIAL
Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
Sala Civil Sub-Comunidad Comercial
Año 2009

a la naturaleza de los derechos, es definido por la ley como susceptible de ser sometido a arbitraje, pues "la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras la Ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado"⁵.

En ese contexto, cabe reiterar lo establecido por esta Sala Superior en la causa Nro. 91-2012:

"Las materias de libre disposición se relacionan, en principio, con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes (que pueden ser objeto de transacción), lo que lleva a considerar que **no** son susceptibles de arbitraje, en términos generales, cuestiones que atentan contra la moral y las buenas costumbres, reclamaciones referidas a delitos y/o faltas (con la acotación de que la reparación civil derivada de tales delitos o faltas sí puede ser materia susceptible de arbitraje por ser de disponibilidad del reclamante), cuestiones referidas al estado y capacidad civil de las personas (incluyendo adopción, nacionalidad, incapacidad e interdicción, representación y defensa del ausente, tutela, emancipación, paternidad, filiación, patria potestad, nombre, etc.), **cuestiones relativas a funciones o competencias de los órganos del Estado**. Estas materias tienen sus propias vías y órganos jurisdiccionales competentes para su solución.

Ahora bien, la LA señala que también se pueden someter a arbitraje las controversias que la ley, tratado o acuerdo internacional autoricen, con lo que no se cierra la puerta al arbitraje sobre materias que no sean de libre disponibilidad, siempre y cuando la ley lo autorice.

Actualmente es viable el arbitraje en materia laboral, de telecomunicaciones, hidrocarburos, protección al consumidor, bolsa de valores, bolsa de productos, banca y seguros, contrataciones con el Estado, salud, transporte, propiedad informal, expropiaciones (el aspecto de la indemnización), aeronáutica civil, saneamiento, medio ambiente, concursal, societario, entre otros, existiendo normatividad que lo dispone.

3.2 En el caso concreto de las obras públicas, éstas contienen normas de orden público que restringen su libre disponibilidad, dotándolas de reglas claras por tratarse de fondos públicos. Ciertamente, el que se trate de **contratos** no significa que se rijan por el derecho obligacional del Código Civil (salvo ciertos aspectos que no colisionen con las normas sobre contratación pública), por cuanto la patrimonialidad del derecho privado no

⁵ MARIO CASTILLO FREYRE y otro, Arbitraje. El Juicio Privado. La verdadera reforma de la justicia. Palestra Editores, pag.75, 2006, Lima.

PODER JUDICIAL
DR. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
Especialidad Comercial
Corte de Apelaciones de Lima

solo apunta al concepto de prestación como susceptible de valoración económica (determinado por elementos tales como la utilidad y la escasez), sino por la posibilidad de que la prestación se encuentre en el libre tráfico patrimonial⁶.

En los contratos con el Estado, el precio por los bienes, servicios y obras que aquél debe pagar, se encuentra sujeto a una serie de pasos, procedimientos y aprobaciones regulados de modo riguroso; así se tiene, por ejemplo, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, así como la Ley General del Presupuesto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En otras palabras, las posibilidades del Estado de celebrar contratos no se encuentran prohibidas (los bienes, obras y servicios que contrata están claramente dentro de las posibilidades de intercambio económico; de hecho las licitaciones públicas contienen una oferta lanzada a la competencia entre empresas que aspiran a ser contratistas), pero no son libres en el sentido empleado por el Código Civil, sino en un sentido particular, pues deben atravesar diversos filtros y controles por cuanto apuntan a satisfacer el interés de la comunidad a la que se deben y a la que responden.

Ahora bien, una vez recorridos los caminos de ley para la toma de decisión de adquirir el bien, la obra o el servicio, una vez realizados los pasos de la licitación pública y celebrado el contrato, esto es, ya establecida y determinada la relación obligatoria, los conflictos derivados de su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez se pueden resolver mediante arbitraje, e inclusive mediante conciliación, pues ya se encuentran en el ámbito de la libre disponibilidad.

Empero, lo que se encuentre fuera de los alcances -ya previstos y aprobados- del contrato (como por ejemplo los presupuestos adicionales de obra que exceden cierto porcentaje), tiene rutas específicas excluyentes tanto del arbitraje (excluido de modo expreso) como del Poder Judicial (por ser de competencia exclusiva de la Contraloría) para su aprobación y pago.

⁶ Así, es pertinente recordar que la obligación civil es la relación jurídica patrimonial, cuyo contenido patrimonial, de carácter abstracto y objetivo, constituido por la patrimonialidad del objeto, es representado por la "negociabilidad del bien o utilidad" que se persigue obtener por vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo. Por ello, estamos ante obligaciones siempre que el objeto de la obligación sea susceptible de intercambio económico. Así, no estamos ante obligaciones cuando alguien se compromete a "donar" un órgano no regenerable del propio cuerpo -artículo 6 CC-, ni frente a los denominados "deberes familiares", ni ante la llamada "obligación alimentaria" o ante los derechos irrenunciables o indisponibles, en donde puede apreciarse la existencia de una asignación de valor, pero no patrimonialidad del objeto, desde que el bien tutelado está fuera de toda posibilidad de intercambio económico. (Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. En: Themis 27-28, segunda época, 1994.).

Es por ello que, dentro de las regulaciones en este ámbito, se encuentran reglas concretas que extraen ciertas materias de la competencia de la jurisdicción arbitral (e inclusive de la jurisdicción estatal), dotándolas de procedimientos específicos que deben obligatoriamente seguirse ante determinadas autoridades.

Del Laudo sub materia

DECIMO SEGUNDO: El arbitraje cuyo Laudo nos ocupa, tuvo como antecedente el Contrato de Obra Nro. 1790-2010-MTC/20 suscrito entre las partes para la ejecución de la obra Mejoramiento del Puente Matáchico y accesos, por un monto total de la propuesta económica ascendente a la suma de **S/3',149,536.75**, incluido el IGV, con precios referidos al mes de enero de 2010 y un plazo de ejecución de 150 días calendario.

De otro lado se aprecia que en la demanda arbitral se plantearon dos extremos claramente diferenciados: **1)** la aprobación de ampliaciones de plazo por 99 y 106 días, para la ejecución del contrato antes referido, y el pago de los consecuentes mayores gastos generales, por S/.475,851.13 y S/.572,792.50 nuevos soles, respectivamente, y; **2)** el pago de trabajos ejecutados y mayores costos irrogados en la ejecución del contrato, y no reconocidos por la Entidad, por las sumas de S/.551,474.95 y S/.2'051,071.25 nuevos soles.

Tales pretensiones fueron amparadas por el Tribunal Arbitral, aunque reajustando el último de los montos referidos, a S/.1'711,273 nuevos soles. Se aprecia asimismo, que el pago de la suma referida en el concepto 1) ut retro, ha sido ordenado como **mayores gastos generales** generados por las ampliaciones de plazo aprobadas por el Tribunal Arbitral; mientras que el pago de las sumas referidas en el concepto 2), ha sido ordenado bajo la figura del **enriquecimiento sin causa**, con base en el artículo 1934 del Código Civil.

PODER JUDICIAL
Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
Comerciales
DE LIMA

Así, respecto a los mayores gastos generales, se expresa en la página 38 del Laudo sub materia:

"Estando a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar fundada esta pretensión y en consecuencia aprobar las ampliaciones de plazo solicitada por 99 días calendario por la imposibilidad de ejecutar trabajos en las condiciones proyectadas debido a la crecida del río Mantaro por encima de los niveles del proyecto y solicitada por 106 días calendario la evidencia de error conceptuales en las especificaciones Técnicas e insumos considerados en el análisis de Costos Unitarios, con el reconocimiento de gastos generales, ascendentes estos a S/.475,851 y s/572,792.50, respectivamente, más los intereses legales que corren a partir de la presentación de la demanda, esto 4s, a partir del día 05 de setiembre del 2011."

Por su parte, respecto de los mayores trabajos ejecutados y mayores gastos irrogados pero no reconocidos, se expresa en el Laudo:

"Dado que la solicitud de aprobación del Adicional Nro. 02 que comprendía los trabajos adicionales que motivan la pretensión fue desestimada por la Entidad, y los trabajos fueron ejecutados por el contratista, El Tribunal advierte que no existe regulación en el contrato ni en la norma de contratación pública sobre el pago de trabajos ejecutados por el contratista no reconocidos por la entidad, por lo que en aplicación del Artículo 142 del Reglamento, debe recurrirse a la institución prevista en el Artículo 1954 del Código Civil (...).

Los mayores gastos generales por ampliación de plazo

DECIMO TERCERO: A la luz de la fundamentación del recurso de anulación que corre de folios 163 y siguientes, es claro para este Colegiado que si bien se denuncia la nulidad total del Laudo, sin embargo los cuestionamientos de la entidad recurrente están referidos únicamente al extremo del pago de trabajos ejecutados y mayores costos irrogados en la ejecución del contrato y no reconocidos por la Entidad, por las sumas de S/.551,474.95 y S/.2'051,071.25 nuevos soles; mas no vierte el recurrente cuestionamiento alguno respecto de las ampliaciones de plazo y

consecuentes pagos de los mayores gastos generales por S/.475,851.13 y S/.572,792.50 nuevos soles.

Sin perjuicio de ello, sin embargo, cabe tener presente que el artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nro. 168-2008 y según el texto vigente en la fecha del Laudo, prevé la posibilidad que el contratista solicite la ampliación del plazo de ejecución del contrato, en los supuestos establecidos en dicha norma y siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el artículo 201 del citado Reglamento.

El mismo Reglamento prevé como consecuencia de la ampliación del plazo, el pago de los mayores gastos generales ocasionados por la dilación producida. Así, el artículo 202 en su texto vigente en la fecha del Laudo, disponía:

Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

PODER JUDICIAL
Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
2º Sala Civil Sub-Especialidad Comercial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

Así entonces, es claro que una vez aprobada la ampliación del plazo de ejecución de obra, corresponde a la Entidad asumir los mayores gastos generales originados por dicha ampliación.

En el caso que nos ocupa se aprecia que al producirse una controversia acerca de la aprobación de las ampliaciones de plazo solicitadas por El Contratista, y sometida que fue al mecanismo de arbitraje, en esta instancia arbitral se resolvió a favor de El Contratista aprobándose tales ampliaciones y disponiéndose, consecuentemente, el pago de los mayores gastos generales ocasionados, no desprendiéndose de la normativa invocada por la recurrente impedimento legal alguno para la arbitrabilidad de dicha materia, que por lo demás, se reitera, no ha sido alegada en específico respecto de este extremo, como tampoco ha sido alegado su carácter *extra petita* ni ningún otro cuestionamiento de incompetencia o indefensión, por lo que no se aprecia que el laudo arbitral hubiera incurrido en este extremo en ninguno de los vicios que justifique su anulación.

De los adicionales de obra

DECIMO CUARTO: Es el segundo aspecto del Laudo, relativo al pago de los trabajos ejecutados y mayores costos irrogados en la ejecución del contrato, y no reconocidos por la Entidad, donde se centran los cuestionamientos que serán objeto de análisis a continuación.

En efecto, del Laudo sub materia se desprende que el Tribunal ordenó el pago de tales conceptos dinerarios, al advertir "que no existe regulación en el contrato ni en la norma de contratación pública

sobre el pago por sobrecostos ejecutados por el contratista no reconocidos por la entidad, por lo que en aplicación del artículo 142 del Reglamento, debe recurrirse a la institución prevista en el artículo 1954 del Código Civil⁷, que a la letra dispone:

Artículo 1954.- Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"

Es así que sobre la base de la aplicación de la figura del **enriquecimiento sin causa**, el Tribunal Arbitral declaró Fundadas las pretensiones de pago de los trabajos ejecutados y mayores costos irrogados en la ejecución del contrato, no reconocidos por la Entidad, otorgándoles a tales pagos un carácter indemnizatorio. Esto es cuestionado por el recurrente como un pronunciamiento sobre materia no arbitrable a la luz de la normativa que regula la contratación pública.

DECIMO QUINTO: Para resolver la cuestión, en efecto, debe tenerse presente que no se trata la controversia arbitral de una de índole contractual privada, esto es, entre dos sujetos de derecho privado que se vincularon contractualmente en ejercicio de su autonomía de voluntad, cuya fuerza jurígena proyectada en sede arbitral sea el fundamento de la capacidad del Tribunal para resolver dicha controversia con las garantías de la jurisdicción especial que les es reconocida por la Constitución y la ley. Por el contrario, se trata de una controversia derivada de una relación de contratación pública, por parte del Estado, en el que a la autonomía de voluntad del Contratista que le deriva del principio de libertad establecido en la Constitución, se contrapone el principio de competencia que rige para las entidades públicas, y con ello la fuerza imperativa de las

⁷ Cfr. Página 44 del Laudo en mayoría

PODER JUDICIAL
Dr. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
2ª Sala Civil Especialidad Comercial
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

leyes que regulan la capacidad de la Entidad para vincularse jurídicamente en el marco de la ejecución presupuestal, conforme a los principios establecidos en la Ley 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, a saber, los principios de equilibrio presupuestario, equilibrio macrofiscal, especialidad cuantitativa, especialidad cualitativa, universalidad y unidad

En ese contexto, implicando la contratación con el Estado la disposición de recursos públicos, está sujeta a una regulación imperativa que no se encuentra dentro de la esfera de disposición ni de los funcionarios que actúan en representación de las entidades, ni de las contrapartes privadas contratistas.

DECIMO SEXTO: Así, el artículo 41 del Decreto Legislativo Nro. 1041 - Ley de Contrataciones del Estado, establecía en su texto vigente en la fecha del Laudo, lo siguiente:

Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del

presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40 de la presente norma."(lo resaltado es nuestro)

DECIMO SÉTIMO: Esta norma del artículo 41 es, ciertamente, de orden público y como tal cierra inobjetablemente la puerta al arbitraje para conocer de las pretensiones de pago de prestaciones adicionales que de acuerdo a ley requiera de autorización de la Contraloría General de la República; lo que además se corrobora con la normativa de control, a saber, la Ley Nro. 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que establece:

PODER JUDICIAL
DR. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
SECCIÓN SUMARIO y General

"Artículo 22.- Atribuciones.

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:
(...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.
(...)"

Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, **tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley**, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General."(lo resaltado es agregado).

DECIMO OCTAVO: La cuestión relativa a la posibilidad o no de que se pueda someter a arbitraje a una entidad pública, para ventilar una pretensión de pago de algún concepto dinerario por trabajos adicionales ejecutados en el marco de un contrato de obra, que legalmente requieren de autorización de la Contraloría General de la República, ha sido establecida ya por la Corte Suprema, en la Casación Nro. 5114-2009 Lima, sobre Anulación de Laudo Arbitral, de fecha 04 de mayo de 2011, en que se expresó:

OCTAVO: Que, en relación a la causal contenida en el artículo 73 inciso 7) de la Ley General de Arbitraje la Sala Superior considera que los Abrios al haber ordenado los pagos contenidos en las pretensiones demandadas en el proceso arbitral han laudado sobre materias que corresponden únicamente a las funciones de imperio de un órgano estatal y consecuentemente son temas no materia de arbitraje en virtud a lo establecido por el artículo 223 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General.

PODER JUDICIAL
DR. AUGUSTO L. DURAND DIAZ
SECRETARIO DE SALA
21

de la República concordante con el artículo 1 de la Ley general de Arbitraje deviniendo en nulo el extremo del laudo bajo examen por la causal analizada; (...)

NOVENO.- Que, en efecto, de conformidad a lo previsto por el artículo 23 de la Ley número 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República no podrán ser objeto de arbitraje las decisiones que emita la Contraloría General en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión concordante con lo dispuesto por el artículo 1 numeral 4 de la Ley número 26572 Ley General de Arbitraje; asimismo tampoco pueden someterse a arbitraje las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k del artículo 22 de la precitada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, las que no pueden sustraerse del pronunciamiento que compete a la Contraloría General, esto es, conceder autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento; siendo esto así, resulta evidente que la decisión de la Sala Superior al determinar que el antes citado organismo en ninguno de los tres casos autorizó el pago por los conceptos reclamados se colige que los Árbitros han laudado sobre materias que corresponden únicamente a las funciones de imperio del Estado, no advirtiéndose por tanto la aplicación indebida del artículo 73 inciso 7 así como del inciso 2 del mismo, habiéndose lesionado el derecho al debido proceso de PROVIAS, careciendo de asidero legal las argumentaciones señaladas por El Consorcio en este aspecto consistentes en que al formularse la Excepción de Incompetencia se ejercieron todos los medios de defensa, pues no tiene en cuenta que la jurisdicción arbitral ha sustentado su competencia en un convenio arbitral que no la facultaba para resolver una materia jurídicamente ajena al contrato."

DECIMO NOVENO: A la luz de las normas glosadas, se desprende de autos que siendo el monto original del Contrato que enmarcó la controversia, S/.3'149,536.75 nuevos soles, su 15% equivale a S/. 472,430.51 nuevos soles, de lo que se colige que la segunda pretensión de la demanda arbitral, del pago de S/.551,474.95 nuevos soles, supera el límite legal de exoneración de la autorización de la Contraloría General, por lo que para la ejecución de tales adicionales y consecuente pago se requería de dicha autorización previa, que no

se ha dado en el caso que nos ocupa, por lo que el Tribunal no podía avocarse a conocer de dicha pretensión.

De otro lado, en cuanto a la tercera pretensión de la demanda arbitral, de pago de S/.2'051,071.25 nuevos soles, por concepto de mayores costos no reconocidos por la entidad, se advierte que dicha suma corresponde igualmente a un adicional de obra cuyo monto supera también el 15% del monto original del contrato (S/.3'149,536.75), por lo que igualmente está sujeto a la autorización previa de la Contraloría General de la República, que no puede soslayarse sino con grave violación de la ley.

Así, es claro entonces que no podía el Tribunal Arbitral ni siquiera por virtud del principio kompetenz-kompetenz, considerarse competente y arrogarse la potestad de resolver sobre una pretensión de pago de prestaciones adicionales de obra cuyo monto, por exceder el máximo permitido por ley, requiere ser autorizado previamente por la Contraloría General de la República, porque una tal materia sin duda configura el supuesto de materia no arbitrable que constituye causal de anulación del Laudo, conforme al artículo 63 numeral 1) inciso e) de la Ley de Arbitraje, invocada en el caso concreto por el recurrente.

Del enriquecimiento sin causa

VIGESIMO: Ahora bien, no escapa al criterio de este Colegiado, que el Laudo sometido a control de validez ampara las pretensiones de pago de las prestaciones adicionales de obra de El Contratista, atribuyéndole el carácter de indemnización y bajo la figura del enriquecimiento indebido con base en el artículo 1954 del Código Civil, lo que aparentemente permitiría afirmar que no nos encontramos en el supuesto vedado por las leyes de contratación pública y de control antes glosadas. Sin embargo, esta Sala Superior

PODER JUDICIAL
Dr. AGUSTO L. DOMÍNGUEZ
SECRETARIO DE SALA
2ª Sala Civil Superior
23

ha tenido ya ocasión en las causas Nro. 91-2012 y 123-2012 de fijar el marco normativo y conceptual necesario para resolver el presente recurso de anulación, por lo que con sujeción al criterio jurisdiccional ya establecido, reproducimos la fundamentación entonces efectuada a fin de explicitar las razones que justifican la decisión que se adopta en el caso presente. Así, en la causa Nro. 91-2012, se expresó:

OCHO: Enriquecimiento sin causa y fraude a la ley.

(...)

8.2. De acuerdo al Código Civil peruano, cuando alguien se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo, siendo residual esta opción (esta pretensión es improcedente "cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización")⁸.

Por esta figura se otorga una pretensión de corte restitutorio a una persona contra otra, por haberse esta última enriquecido sin justa causa a su costa; su basamento reside en que tal enriquecimiento se ha generado mediante una conducta que vulnera situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico.⁹

8.3 La residualidad de esta pretensión se basa fundamentalmente en el temor de que sea empleada distorsionando su finalidad y de ese modo se cometan fraudes a la ley¹⁰. Así, más allá de las opiniones diversas de la doctrina respecto de esta característica (subsidiariedad), lo cierto es que está regulada en el ordenamiento peruano, no cabe emplear esta figura si existen otras alternativas y, en el caso presente, se aprecia en primer lugar que existe una vía previa (imperativa además) para la aprobación de los adicionales que superen el límite de

⁸ Artículos 1954 y 1955 CC.

⁹ En doctrina se ha dicho que el daño no sería un elemento determinante para la configuración del enriquecimiento sin causa, a pesar de que la mayor parte de los casos reales lo contienen: así también se debate acerca de si cabe incluir dentro del supuesto al enriquecimiento extrapatrimonial.

¹⁰ "Más bien el problema está en evitar que mediante el enriquecimiento se perpetúen fraudes a la ley en el sentido de pretender hacerse de compensaciones aun cuando la ley determina específicamente la vía a seguir para la obtención de tutela." (Cfr. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "La Subsidiariedad de la acción (abstracta) del enriquecimiento sin causa". En: Código Civil Comentado. T. IX. Lima. Gaceta Jurídica, marzo 2007, p. 887).

ley, la misma que debe ser empleada precisamente para evitar este tipo de conflictos (y salvaguardar la buena fe).

No es dable, por lo demás, que las partes acuerden o permitan voluntariamente la generación de un enriquecimiento indebido, máxime si se trata de contratantes profesionales especializados en contratación pública, que conocen a pie juntillas la citada normativa, que integra el contrato que han celebrado y al que se someten voluntariamente.

8.4 Existe una discusión en la doctrina nacional respecto de si la pretensión de enriquecimiento sin causa es en sí misma arbitrable o no, y la discrepancia radica en si se trata de una fuente autónoma de obligaciones (fuera del contrato y, por ende, no le alcanza el convenio arbitral), o si por tratarse de un conflicto suscitado en el marco de la ejecución de un contrato, corresponde ser ventilado dentro de un proceso arbitral. Esto ha sido objeto de debate en el presente caso (al interior de la excepción de incompetencia).

Para este Superior Colegiado, en casos como el presente, esta discusión (que más parece un falso dilema) distrae del verdadero problema, en que aparentemente por vía de la figura del enriquecimiento sin causa se estaría disfrazando la contravención a normas de orden público por las que se prohíbe que se arbitre sobre determinadas materias. Tal es el eje del vicio insalvable que se encuentra en el laudo sub materia.

En efecto, de nada sirve analizar si procede o no que en sede arbitral se conozcan pretensiones de enriquecimiento sin causa (lo que por lo demás dependerá del caso concreto), pues aquí importa verificar si en realidad se pretende por vía indirecta obtener lo que la ley prohíbe de modo directo¹¹; en otras palabras, si se está fraguando un **fraude a la ley**.

8.5 El fraude a la ley consiste en burlar (conducta voluntaria) la aplicación de una norma imperativa desfavorable obteniendo que otra disposición favorable sea la que se aplique¹², por lo que en el caso de

¹¹ Sentencia recaída en el exp. 795-2005, emitida por la Primera Sala Comercial de Lima.

¹² Sobre el negocio jurídico en fraude a la ley se ha señalado: "El negocio jurídico en fraude está conformado por dos negocios jurídicos. El primer es ineficaz porque las partes no se vinculan jurídicamente con tal reglamento de intereses y el segundo es válido porque tal acto de programación de intereses vincula realmente a las partes. Ellas han eludido la aplicación de normas imperativas celebrando un negocio jurídico simulado (aparente o falso). Las partes se han vinculado mediante un negocio jurídico diverso del aparente y por eso mismo tiene efectos entre ellas el negocio jurídico disimulado (verdadero). En tal sentido, las normas imperativas son

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese mismo orden de ideas, en el caso de autos es evidente que el Tribunal Arbitral, con el eufemismo de un enriquecimiento sin causa, termina amparando pretensiones de pago de adicionales de obra por montos que superan inclusive el monto del contrato en si mismo, y que por mandato de la ley estaban sujetos a la autorización previa de la Contraloría General de la República, derivando así el Laudo de un arbitraje sobre materia legalmente no arbitrable, y que por lo mismo viciado de nulidad en el extremo acotado, declarándose en consecuencia la nulidad parcial conforme permite el artículo 63 inciso 3) de la Ley de Arbitraje, careciendo de objeto emitir pronunciamiento respecto de las demás causales de anulación propuestas por el recurrente.

VIGESIMO SEGUNDO.- En vista de las características del presente proceso, y dado que ambas partes han demostrado motivos atendibles para litigar, este Superior Colegiado considera que cada cual correrá con los respectivos gastos que hubiese efectuado en este proceso judicial.

Por estos fundamentos, la Segunda Sala Civil con Sub-especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVE:**

Declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de anulación de laudo arbitral presentado por MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES; en consecuencia se declara la **NULIDAD**

prohíbe un resultado y que, a la vez, permite alcanzarlo (siempre bien entendido que lo prohibido sea el resultado y no un determinado medio de conseguirlo). sería contradictorio, porque sería pensar que prohíbe la infracción a cara descubierta, y permite que -ya que el fraude es también infracción- la solapada, que es aún más censurable, si cabe."

(Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Teoría del Fraude a la Ley. Santiago de Chile. II Curso de Actualización Jurídica. Universidad del Desarrollo, 2005).

PARCIAL Y DEFINITIVA (sin reenvío) del laudo arbitral de derecho emitido con fecha 11 de Julio de 2012, en el extremo que declara Fundada la pretensión referida a la aprobación del monto de S/. 551,474.95 por el concepto de trabajos ejecutados no reconocidos por ~~Pro. Ns. Nacional~~ y ordena su pago mas los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, y Fundada en parte la pretensión referida al reconocimiento de mayores costos irrogados en el montaje de las vigas prefabricadas, no reconocidas por la Entidad, ordenando el pago de S/. 1'711,273 más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago, y **VALIDO** el Laudo referido en lo demás que contiene. En los seguidos contra CONSORCIO KLAMER -CODURSA sobre anulación de laudo arbitral. **Notificándose.-**



MARTEL CHANG



JIMENEZ VARGAS-MACHUCA



RIVERA GAMBOA